

VU Research Portal

Driekwart van de heersende leer over vervaltermijnen is onjuist

Smeehuijzen, J.L.

published in

Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Smeehuijzen, J. L. (2009). Driekwart van de heersende leer over vervaltermijnen is onjuist. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 4(17), 117-127.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Driekwart van de heersende leer over vervaltermijnen is onjuist

Mr. dr. J. L. Smeehuijzen *

1 Inleiding

1.1 De heersende leer

Dit artikel gaat over vervaltermijnen. Er is, anders dan voor verjaringstermijnen, geen algemene regeling voor vervaltermijnen. De wetgever licht dat als volgt toe:

‘(...) een algemene regeling voor vervaltermijnen onnodig geacht. (...) Wat de regels van vervaltermijnen betreft, deze vloeien in hoofdzaak hieruit voort dat de verjaringsregels niet van toepassing zijn, zodat geen stuiting, verlenging of afstand mogelijk is, tenzij de wet anders bepaalt, wat ook in het nieuwe wetboek hier en daar geschiedt (...). Een rem op het opstellen van algemene regels was verder dat vervaltermijnen, veel sterker dan verjaringstermijnen, in aard uiteen lopen. Zij kunnen allerlei in karakter verschillende bevoegdheden betreffen, maar ook betrekking hebben op een vordering, die na het verstrijken van de termijn ophoudt te bestaan.’¹

Er staat dat voor vervaltermijnen geen algemene regeling geldt, onder andere omdat vervaltermijnen zozeer in functie uiteenlopen. Maar vervolgens lijken die regels tóch te worden gegeven, en wel via een *a contrario*-achtige redenering. Te lezen valt:

‘Wat de regels van vervaltermijnen betreft, deze vloeien in hoofdzaak hieruit voort dat de verjaringsregels niet van toepassing zijn (...) zodat geen stuiting, verlenging of afstand mogelijk is.’

De algemene regel is kennelijk: voor verval geldt het tegenovergestelde van wat voor verjaring geldt.

Over de rechtvaardiging van die benadering ontstaat direct twijfel als men beseft dat vervaltermijnen in veel gevallen dezelfde functie vervullen als verjaringstermijnen – daarover straks meer. Het gaat dan niet aan om de regels waaraan zij moeten gehoorzamen *a priori* tegengesteld te achten.

De wetgever laat ons over de regels van verval dus niet meer weten dan een wat cryptische passage in de parlementaire geschiedenis. Dat betekent dat wij in belangrijke mate zijn aangewezen op rechtspraak en literatuur. Het opvallende is, dat

waar de wetgever zegt af te zien van het formuleren van specifieke bepalingen, (mede) omdat vervaltermijnen daartoe al te zeer in aard uiteenlopen, in de literatuur van terughoudendheid weinig te bespeuren valt. Zonder veel nuance of reserves poneert men regels met min of meer algemene geldingspretentie.

De werking van vervaltermijnen wordt, net als in de parlementaire geschiedenis gebeurt, bijna steeds gecontrasteerd met de werking van verjaringstermijnen. Algemeen wordt het volgende aangenomen:

- Verval heeft de ondergang van het materiële recht tot gevolg (sterke werking), verjaring heeft de ondergang van de rechtsvordering tot gevolg (zwakke werking).
- Vervaltermijnen worden door de rechter ambtshalve toegepast, op een verjaringstermijn moet de debiteur zich beroepen.
- De debiteur kan geen ‘afstand doen van verval’; hij kan niet bewerkstelligen dat het verval van recht niet intreedt; het beroep op een verjaringstermijn is wél ter discretie van de debiteur.
- Vervaltermijnen kunnen niet gestuit worden, verjaringstermijnen wél.²

Over deze vier punten geldt al decennialang een grote mate van overeenstemming. Ik zal in deze bijdrage evenwel betogen dat drie van de vier genoemde regels niet gelden waar het vervaltermijnen niet van openbare orde betreft: als het een vervaltermijn niet van openbare orde is, hoeft de rechter hem niet ambtshalve toe te passen, kan van de termijn afstand worden gedaan en kan de termijn soms, afhankelijk van het type termijn, ‘gestuit’ worden. Dat is een vrij fundamentele afwijking van de heersende leer.

Mijn opvatting resulteert in een nogal postmodern geheel: vervaltermijnen in het vermogensrecht blijken niet aan de vaste regels te gehoorzamen die in de literatuur worden opgesomd. Hun functioneren lijkt soms zelfs op dat van verjaringstermij-

* Mr. dr. J.L. Smeehuijzen is universitair docent aan de VU en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof Arnhem. Deze bijdrage is grotendeels ontleend aan hoofdstuk 28 van zijn dissertatie *De bevrijdende verjaring* (VU 2008).

1. Parl. Gesch. Boek 3, p. 1416.

2. Een passage als de volgende (C.J.H. Brunner en G.T. de Jong, *Verbindenissenrecht algemeen*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2004, nr. 302) is exemplarisch: ‘Een wettelijke vervaltermijn is van geheel andere aard. Hij doet het vorderingsrecht tenietgaan en niet alleen de rechtsvordering. Verval van het vorderingsrecht (*déchéance*) is dus een bijzondere wijze van tenietgaan van een vorderingsrecht. De rechter moet vervaltermijnen ambtshalve toepassen, ongeacht of de schuldenaar zich daarop beroept. Wettelijke vervaltermijnen zijn van dwingend recht en – anders dan verjaringstermijnen – niet vatbaar voor schorsing, stuiting of verlenging.’ In vergelijkbare bewoordingen Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Nederlands Vermogensrecht*, tiende druk, Deventer: Kluwer 2008, nr. 98.

nen. Ik zal mijn opvatting hierna toelichten. Eerst nog twee inleidende opmerkingen.

1.2 Categorisering van vervalltermijnen

Niet ten onrechte merkt de wetgever op dat vervalltermijnen meer dan verjaringstermijnen in aard uiteenlopen. Anders dan tot dusverre in de doctrine gebeurt, zal ik in dit hoofdstuk aan die verschillen ook consequenties verbinden. Het is in dat kader nodig de vervalltermijnen enigszins te categoriseren. Laat ik dat ten eerste doen op basis van hun onderwerp. Ik noem drie categorieën.

In het merendeel der gevallen hebben vervalltermijnen betrekking op bevoegdheden. Dat geldt bijvoorbeeld voor de bevoegdheid een rechtsmiddel in te stellen, de bevoegdheid buitengerechtelijk te ontbinden, de bevoegdheid buitengerechtelijk te vernietigen en de bevoegdheid het recht van reclame uit te oefenen.

Het komt ook voor dat vervalltermijnen zien, niet op een bevoegdheid, maar op een *obliegenheit*, een handeling die de crediteur moet verrichten om zijn recht veilig te stellen. De belangrijkste voorbeelden uit die categorie zijn art. 6:89 en 7:23 Burgerlijk Wetboek (BW): de afnemer moet binnen redelijke termijn klagen over een gebrek in het geleverde; doet hij dat niet, dan vervallen zijn rechten uit hoofde van de vermeende tekortkoming.

Ten slotte komt het ook regelmatig voor dat vervalltermijnen zien op vorderingsrechten. Dat laatste type recht wordt in de regel beheerst door de verjaring, maar dus niet altijd. De reden om toch een vervalltermijn op te nemen, ligt over het algemeen in verdragsrechtelijke verplichtingen.³ Denk bijvoorbeeld aan art. 6:191 BW, dat ingevolge de 'Europese richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken' bepaalt dat een recht op schadevergoeding tegen de producent vervalt na tien jaar. Deze schadevergoedingsvordering zou, had de nationale wetgever de vrije hand gehad, hoogstwaarschijnlijk door een verjaringstermijn beheerst zijn geweest.

Afhankelijk van de vraag die men zich stelt, kan het zinvol zijn vervalltermijnen nog langs andere lijnen te ordenen. Zo zal in het kader van de vraag of vervalltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast, van wezenlijk belang blijken te zijn of een vervalltermijn van openbare orde is. Mijn opvatting is dat vermogensrechtelijke vervalltermijnen niet van openbare orde zijn en daarom niet ambtshalve moeten worden toegepast – over die opvatting straks nader.

In het kader van de vraag naar 'stuiting' van vervalltermijnen is weer een andere indeling van belang, namelijk of de vervalltermijn betrekking heeft op iets dat de crediteur geheel in eigen hand heeft of dat een prestatie van de debiteur vereist is. In het kader van de stuiting gaat het erom dat de crediteur de debiteur laat weten dat het hem met de vordering nog ernst is; waar de crediteur het zonder enige handeling van de debiteur kan stellen, lijkt dat uitgangspunt te duiden op overbodigheid van een stuitingsmogelijkheid – ook daarover straks nader.

1.3 Verval heeft terecht sterke werking

Als gezegd, de *communis opinio* is dat:

1. de rechter vervalltermijnen ambtshalve toepast;
2. van verval geen afstand kan worden gedaan;
3. verval niet kan worden gestuit;
4. verval sterke werking heeft.

Over al deze aspecten zal ik mij in deze bijdrage uitlaten, met uitzondering van de laatste. De wetgever heeft er expliciet voor gekozen aan de verjaring zwakke werking toe te kennen. Tegen die keuze bestaan wat mij betreft geen bezwaren. Dat verval geen zwakke maar sterke werking heeft, is een logisch gegeven voor zover het bevoegdheden of *obliegenheiten* betreft. Zwakke werking wil niet meer zeggen dan het enkele verval van de rechtsvordering en is daarom niet aan de orde. Bevoegdheden of *obliegenheiten* gaan nu eenmaal naar hun aard niet vergezeld van een rechtsvordering (ervalt niets in rechte af te dwingen). Voor zover het vervalltermijnen betreft die op een vorderingsrecht zien, zal veel afhangen van de tekst van de desbetreffende bepaling. Over het algemeen geeft die aanleiding tot sterke werking te concluderen.

Thans de bespreking van de drie resterende aspecten, te beginnen met de ambtshalve toetsing.

2 Ambtshalve toetsing

2.1 Inleiding

Als gezegd, in de wet staat nergens dat vervalltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast. Desondanks wordt deze regel in de literatuur als min of meer vanzelfsprekend gepresenteerd. Verwezen wordt ter adstructie met name naar HR 26 juni 1998.⁴ Inderdaad lijkt de Hoge Raad in dat arrest de bedoelde regel te onderschrijven. De werknemer riep na ommekomst van de vervalltermijn van zes maanden de nietigheid van het ontslag in. De Hoge Raad overwoog:

'De in art. 9 BBA bepaalde termijn van zes maanden is een vervalltermijn. Ten tijde van het indienen van de memorie van grieven was deze termijn reeds verstreken, zodat Kluppel toen niet meer bevoegd was tot het invoeren van de nietigheid van het ontslag. De Rechtbank had dit ambtshalve in aanmerking moeten nemen, in plaats van – impliciet – aan te nemen dat Kluppel zich tijdig op de nietigheid van het ontslag heeft beroepen.'

De Hoge Raad vindt de enkele constatering dat het een vervalltermijn betreft, voldoende voor zijn conclusie dat de rechtbank de overschrijding van die termijn ambtshalve in aanmerking had moeten nemen.

Desondanks zie ik reden tot twijfel. Dat de rechter ambtshalve vervalltermijnen toepast die van openbare orde zijn, is gemakkelijk aan te nemen. Maar waarom zou hij ambtshalve vervalltermijnen toepassen die, zoals vaak in het vermogensrecht,

3. Zie ook C.J.H. Brunner en G.T. de Jong 2004, nr. 303.

4. NJ 1998, 766.

slechts het belang dienen van degene tegen wie het recht wordt ingeroepen?

Bepleit is dat het met verjaring en verval is als met vernietigbaarheid en nietigheid van rechtswege:⁵ op verjaring moet men zich beroepen zoals men zich op vernietigbaarheid moet beroepen; door verval daarentegen gaat ook buiten enige wilsuiking van de debiteur het recht teniet, net zoals de rechtshandeling in strijd met de goede zeden van rechtswege nietig is.

Naar mijn mening is het behulpzaam die analogie te verlenen door ook het tweede lid van art. 3:40 BW in ogenschouw te nemen. Dat bepaalt dat strijd met een dwingende wetbepaling leidt tot nietigheid, tenzij de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen bij een meerszijdige rechtshandeling; dan is er slechts sprake van vernietigbaarheid. Ligt het niet voor de hand een vergelijkbare redenering toe te passen op vervaltermijnen? Vervaltermijnen hebben van rechtswege verval van recht tot gevolg, indien zij, kort gezegd, van openbare orde zijn. Dienen zij daarentegen uitsluitend het belang van de debiteur, dan moet deze zich zelf op het overschrijden van de termijn beroepen, wil het verval intreden.

Ik zal die stelling hierna inderdaad verdedigen. Om haar wat te concretiseren, geef ik thans een aantal voorbeelden van vervaltermijnen die naar mijn mening niet ambtshalve toegepast moeten worden: *art. 6:140 lid 3 BW* (rechtsvordering m.b.t. rekening-courant; redelijke termijn); *art. 6:89 BW* (recht van klagen over gebrek in prestatie; redelijke termijn); *art. 6:191 BW* (rechtsvordering m.b.t. gebrekkig product; tien jaar); *art. 6:268 BW* (recht tot buitengerechtelijke ontbinding; met verjaring ontbinding o.g.v. art. 3:311 BW); *art. 7:23 lid 1 BW* (recht van klagen over gekochte zaak; redelijke termijn); *art. 7:44 BW* (recht van reclame; zestig dagen); *art. 7:647 BW* (recht van vernietiging opzegging arbeidsovereenkomst; twee maanden); *art. 8:1753 BW* (rechtsvordering tot schadevergoeding reiziger; drie maanden). Deze opsomming is niet uitputtend bedoeld; met name in bepalingen over de bijzondere overeenkomsten zijn vervaltermijnen te vinden waarvoor hetzelfde geldt.

Mijn betoog dan; ik begin met de bespreking van rechtspraak en literatuur.

2.2 Rechtspraak

Bij nadere beschouwing blijkt het beeld van de rechtspraak wat anders dan

HR 26 juni 1998 suggereert. Uit dat arrest lijkt inderdaad voort te vloeien dat het enkele feit dat sprake is van een vervaltermijn, de rechter ertoe noopt die termijn ambtshalve toe te passen. Te wiens behoeve de bepaling is geschreven, lijkt niet ter zake te doen.

Maar ook in HR 1 november 1974⁶ was de vervaltermijn van art. 9 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) aan de orde. De Hoge Raad overwoog toen:

‘dat het Hof niet gehouden was ambtshalve te onderzoeken of Glas de nietigheid van het ontslag tijdig had ingeroepen, nu de bepaling van art. 9 lid 2 is geschreven in het belang van de tegenpartij van degeen die de nietigheid inroept, zodat de rechter eerst dan tot een onderzoek op dit punt is gehouden indien die tegenpartij stelt dat het ontslag niet tijdig is ingeroepen’.⁷

Dát is feitelijk de regel die ik zou willen verdedigen. Is de Hoge Raad in zijn arrest van 26 juni 1998 ‘omgegaan’? Hoewel de Hoge Raad door de advocaat-generaal (A-G) nadrukkelijk op zijn arrest van 1974 is gewezen, wekt hij niet de indruk daarvan nu principieel te willen afwijken – woorden als ‘thans’, of eerdere rechtspraak moet ‘aldus worden begrepen dat’, ontbreken.

Bovendien deden zich in de zaak uit 1998 twee omstandigheden voor die ambtshalve toepassing van de termijn ook wel erg voor de hand deden liggen. Ten eerste was de termijnoverschrijding zeer aanzienlijk. Belangrijker is, ten tweede, dat de werknemer zijn ontijdige beroep werkelijk onder de ogen van de rechter, namelijk *ten processe*, en nog wel in hoger beroep, deed. De ambtshalve ingreep is, waar partijen zich toch al in het territoire van de rechter bevinden, per definitie minder ver.^{8, 9}

Dat dus de Hoge Raad is gaan menen dat in het algemeen vervaltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast, valt wat mij betreft uit zijn arrest van juni 1998 niet af te leiden. Tot de twijfel draagt nog bij dat de Hoge Raad ook een arrest heeft gewezen waarin hij in het kader van de vraag naar ambtshalve toepassing expliciet belang hecht aan de aard van de termijn. In HR 7 februari 1992¹⁰ was aan de orde de vervaltermijn van art. 1416 BW (oud), krachtens welke slechts beledigende uitlatingen gedaan vanaf een jaar voor de inleidende dagvaarding voor

5. Zie o.a. P.J. de Kanter, *Rechtsgronden en Rechtsmiddelen* (diss. Leiden), 1928, p. 115; M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 118.

6. NJ 1975, 343.

7. De Hoge Raad lijkt de woorden ‘het belang van de tegenpartij van degeen die de nietigheid inroept’ zorgvuldig te hebben gekozen. Dat lijkt een pleonasme. Ik bedoel er hier mee te zeggen dat Köster de uitspraak mede heeft gewezen en hij enige tijd eerder in een nader te bespreken publicatie heeft verdedigd dat vervaltermijnen slechts geschikt zijn voor kwesties van openbare orde; dat wij sporen van die opvatting in deze uitspraak terugzien, lijkt dus geen toeval.

8. Zo kan ik mij ook voorstellen, bijvoorbeeld, dat als in hoger beroep bij wijze van vermeerdering van eis een kennelijk verjaarde vordering wordt ingesteld, het verbod van ambtshalve toepassing van de verjaring (art. 3:322 BW) nadrukkelijker dienst doet dan wanneer preprocesueel betaling zou zijn gevraagd.

9. Niet te ontkennen is intussen dat de beide arresten moeilijk te verenigen zijn. Die wrijving zien wij treffend geïllustreerd in de volgende passage uit de Conclusie A-G. De A-G meent, net als de Hoge Raad uiteindelijk, dat de inroeping van de nietigheid het ontslag niet meer kon aantasten. Hij vervolgt in motiverende zin: ‘Hieraan kan de regel dat de rechter niet gehouden is ambtshalve te onderzoeken of de door de werknemer gestelde inroeping van de nietigheid van het ontslag tijdig heeft plaatsgevonden [dat is de regel van HR 1 november 1974 – JLS], niet afdoen. Ten tijde van memorie van grieven was de bevoegdheid om de nietigheid van het ontslag in te roepen immers reeds van rechtswege teniet gegaan en daarop diende de Rechtbank, nu het hier een vervaltermijn betreft, wél ambtshalve acht te slaan.’ Deze twee zinnen zijn met elkaar in tegenspraak. Als men enerzijds oordeelt dat door overschrijding van de vervaltermijn de bevoegdheid tenietgaat, en anderzijds oordeelt dat de rechter op dat tenietgaan wél ambtshalve acht moet slaan, dan impliceert dat, door die vereenzelviging van overschrijding van de termijn en tenietgaan van het recht, wel degelijk dat de rechter op overschrijding van de termijn ambtshalve acht moet slaan.

10. NJ 1993, 78.

rechterlijke beoordeling in aanmerking komen. De tegen het rechtbankoordeel gerichte middelen miskennen volgens de Hoge Raad:

‘(...) dat de vervalt termijn van art. 1416 BW (oud) vooreerst van openbare orde is, zodat de rechtbank gehouden was haar, ook al had Nool ter zake tegen het vonnis van de kantonrechter geen grief geformuleerd, ambtshalve toe te passen en dat het haar in dit kader vrijstond uit door Slemptkes gestelde feiten ter zake dienende vermoedens af te leiden.’

Men kan betekenis hechten aan het woord ‘zodat’; het wekt de suggestie dat als niet sprake was geweest van een termijn van openbare orde, het oordeel anders had kunnen luiden.¹¹

Het meest gewichtig in verband met de onderhavige kwestie lijkt mij evenwel het recente HR 20 januari 2006.¹² Het ging daar om de vervalt termijn van art. 6:89 BW. Het hof overwoog:

‘Te dezen staat voorop – gegeven het bepaalde in artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek – dat Robinson slechts een beroep toekomt op de door hem gestelde tekortkomingen, indien hij terzake binnen bekwame tijd na ontdekking bij Molenaar v.o.f. heeft geprotesteerd. Dat heeft hij – voorzover ten processe gebleken – niet, althans in volstrekt onvoldoende mate, gedaan (...).’

Het middel voert hier tegen aan dat het hof buiten de rechtsstrijd is getreden en dat voor toepassing van art. 6:89 BW vereist is dat de schuldenaar daarop een beroep doet. De Hoge Raad acht dit middel gegrond:

‘De grieven 4 en 5 behelzen geen betoog dat erop neerkomt dat Robinson niet binnen bekwame tijd bij Molenaar v.o.f. heeft geprotesteerd en daarom geen beroep kan doen op de door hem gestelde tekortkomingen in de prestatie van Molenaar v.o.f. (...) Daarom is het hof, dat niet ambtshalve toepassing mocht geven aan het bepaalde in art. 6:89 BW, inderdaad buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door Robinson op grond van deze bepaling het recht te ontzeggen nog een beroep te doen op het gebrek in de prestatie van Molenaar v.o.f.’

Een verbod op ambtshalve toepassing van de vervalt termijn van art. 6:89 BW dus.¹³ Het voorgaande doet, minst genomen, betwijfelen of de Hoge Raad als regel aanvaardt dat vervalt termijnen ambtshalve door de rechter moeten worden toegepast.

Een kort woord tot slot over de lagere rechtspraak. Die geeft een diffuus beeld. Er zijn met name in het vervoerrecht uitspraken waarin wordt aangenomen dat de voorliggende vervalt termijn ambtshalve moet worden toegepast.¹⁴ Veel voorkomend zijn zinnen als: ‘Het betreft hier een vervalt termijn, welke ambtshalve moet worden toegepast.’¹⁵ Intussen leest men in de literatuur echter ook dat in de regel de rechter afwacht of de vervoerder zich op de termijn beroept.¹⁶

Het vergelijken van rechtspraak is nogal lastig, doordat, als gedurende de procedure noch door partijen noch door de rechter de vervalt termijn is ingeroepen c.q. toegepast, het probleem van ambtshalve toepassing vrijwel onzichtbaar blijft.¹⁷ Zaken waarin de rechter de vervalt termijn wél ambtshalve toepast, zijn veel gemakkelijker te traceren.

Concluderend: de jurisprudentie biedt steun aan betwisting van de regel dat vervalt termijnen in het algemeen ambtshalve moeten worden toegepast. Er is HR 20 januari 2006 dat ambtshalve toepassing van art. 6:89 BW verbiedt, er is HR 1 november 1974 dat bepaalt dat art. 9 BBA niet ambtshalve moet worden toegepast en er zijn feitenrechtters die afwachten of degene die belang heeft bij de termijn, zich erop beroept.

13. Het lukt mij niet goed te begrijpen wat P.S. Bakker, *Ambtshalve toepassing van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW*, MvV 2006, p. 74-75 in zijn commentaar op het arrest schrijft: ‘Blijkens het voorgaande dient de gedachte te worden verworpen dat art. 6:89 en 7:23 lid 1 als rechtsmiddelen zouden zijn aan te merken, op de toepasselijkheid waarvan, evenals bij verjaring en vernietigbaarheid, door de verweerder een beroep dient te worden gedaan. De in genoemde wetsartikelen vervatte termijnen zijn vervalt termijnen, die de rechter zonodig ambtshalve dient toe te passen. Hiervoor is evenwel noodzakelijk dat de verweerder zowel de feiten aanvoert als het met art. 6:89 respectievelijk 7:23 lid 1 verbonden rechtsgevolg inroept. Laat de verweerder na een van beide aan te voeren of in te roepen, dan dient de rechter ervoor te waken dat hij met de verweerder gaat “mee procederen” en aldus (ongemerkt) overgaat tot verboden aanvulling van feiten of van de feitelijke grondslag.’

Als verweerder het met art. 6:89 BW respectievelijk 7:23 lid 1 BW verbonden rechtsgevolg zelf inroept, dan is toch de gehele kwestie van ambtshalve toepassing niet meer aan de orde? Ambtshalve toepassing hoeft dan niet meer. Het gaat om wat rechtens is als de verweerder zich niet op overschrijding van de termijn beroept.

Overigens bepleitte N.W.A. Tollenaar, *Beschouwingen over artikelen 6:89 en 7:23 BW in het bijzonder tot aandelenkoop*, NTBR 2005/9, p. 442, voordat het arrest gewezen werd, voor art. 6:89 en 7:23 BW een uitzondering op de regel van ambtshalve toepassing van vervalt termijnen. De *communis opinio* (zie hierna de hoofdtekst) tot uitgangspunt nemend, lijkt mij dat een juiste suggestie.

14. Zie in vergelijkbare zin Rb. Rotterdam 30 september 1999, SES 2000, 56; Rb. Maastricht 27 januari 1983 en 1 november 1984, SES 1985, 74 en Rb. Amsterdam 12 juni 1974, SES 1974, 86. Zie buiten het vervoerrecht Hof Leeuwarden 11 augustus 2004, NJ 2005, 47.

15. Deze zin in het bijzonder is ontleend aan Ktg. 28 november 1984, PRG 1985, 2273.

16. T.J. Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, IV Vervoer, zevende druk, bewerkt door A.C. van Empel, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 149.

17. Maar zie wel bijvoorbeeld Hof Den Bosch 17 december 2002, JOR 2003, 54, dat ambtshalve toetsing van art. 7:23 BW lijkt uit te sluiten.

11. Of deze termijn inderdaad van openbare orde is, laat ik hier in het midden; het tegendeel lijkt mij ten minste verdedigbaar.

12. NJ 2006, 80.

2.3 De doctrine

De grote meerderheid van de schrijvers meent dat vervaltermijnen in het algemeen ambtshalve moeten worden toegepast. Opvallend is, naast de weinig recente datum van de verhandelingen over dit onderwerp, dat aan de stelling dat vervaltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast, vrij zelden een (kenbare) eigen motivering ten grondslag ligt. Dat is veelal wel te begrijpen, want er is niet altijd reden een stelling die algemeen geaccepteerd is, weer steeds met kracht van argumenten te bepleiten. Soms is ook de aard van de publicatie er niet naar de revolutie te prediken – denk aan een handboek.¹⁸

Het meest uitgebreid, maar toch niet langer dan een alinea, zijn de dissertaties van Vriesendorp (1970) en Lichtenauer (1932).¹⁹ Zij menen beiden zonder nadere toelichting dat vervaltermijnen per definitie van openbare orde zijn.

Een tegenstem komt van Tjittes. Hij schrijft in een recente publicatie over de ‘klachttermijn’ dat het geen vervaltermijn van openbare orde betreft en laat daarop volgen dat vervaltermijnen die niet van openbare orde zijn, niet ambtshalve moeten worden toegepast. Tjittes’ artikel gaat weliswaar in de kern over art. 6:89 en 7:23 BW, maar zijn bewoordingen hebben ontegenzeglijk een algemene strekking.²⁰

De tegenstem van Tjittes kan er niet aan afdoen dat de meerderheid der schrijvers²¹ meent dat vervaltermijnen van openbare orde zijn en daarom ambtshalve moeten worden toegepast. Nu is wat mij betreft zonder meer te omarmen de opvatting dat vervaltermijnen van openbare orde ambtshalve worden toege-

past – denk aan termijnen in het procesrecht. Daarin ligt mijn bezwaar tegen deze opvatting niet. Mijn bezwaar ligt in de veronderstelling dat alle vervaltermijnen van openbare orde zijn.

Daarmee is denk ik het debat getekend: ik ben geen schrijver tegengekomen die eerst een onderscheid maakt tussen vervaltermijnen van openbare orde en vervaltermijnen niet van openbare orde, en die vervolgens nog gemotiveerd verdedigt dat alle vervaltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast. Dat doet vermoeden dat het meningsverschil een stadium eerder ligt, namelijk in de kwalificatie van de vervaltermijn. De vraag lijkt eigenlijk te zijn: zijn vervaltermijnen in de regel van openbare orde?

2.4 Zijn vervaltermijnen van openbare orde?

Naar mijn mening zijn de in de inleiding opgesomde termijnen niet van openbare orde. Ter adstructie zal ik bij wijze van *pars pro toto* art. 7:23 BW bespreken; de algemenere gelding van de te bespreken overwegingen hoop ik waar zij aan de orde komen aannemelijk te maken.

Art. 7:23 lid 1 BW bepaalt dat de koper er geen beroep meer op kan doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijze had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Art. 7:23 lid 2 BW bepaalt vervolgens dat de rechtsvordering, gegrond op de stelling dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaart, twee jaar na die in lid 1 bedoelde kennisgeving. Waarom is lid 1 niet van openbare orde?

Over het belang dat met de bepaling wordt gediend, valt in de parlementaire geschiedenis te lezen:

‘De koper moet (...) binnen bekwame tijd ageren op straffe van verlies van al zijn aanspraken. Dit is in het belang van de verkoper geoordeeld, die anders geconfronteerd zou worden met niet te verifiëren klachten. In het huidige recht is de verborgen gebreken regeling eveneens aan een (zeer) korte termijn gebonden op straffe van verval van rechten.’²²

Het belang van de verkoper dus, en niet het belang van de openbare orde. Eigenlijk is daarmee wat mij betreft alles gezegd.

Ik zou menen dat een vergelijkbare redengeving aan alle hiervoor opgesomde vervaltermijnen ten grondslag ligt. Het gaat om het belang van de debiteur, in het bijzonder om zijn bewijspositie en zijn rechtszekerheid; het gaat niet om de openbare orde. Waarom zou, bijvoorbeeld, krachtens art. 7:647 BW het recht de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen na twee maanden vervallen? Niet ten behoeve van de openbare orde, maar ten behoeve van de werkgever: als de vordering slaagt, moet hij loon doorbetalen, terwijl de werknemer geen arbeid

18. Ongemotiveerd voor ambtshalve toepassing zijn o.a. Koopmann 1993, p. 118; Brunner & De Jong 2004, nr. 302; Hijma & Olthof 2008, nr. 98. VIn beide zaken waarnaar Vranken ter motivering van zijn stelling verwijst, overweegt de Hoge Raad met zoveel woorden dat het gaat om regels van openbare orde. Dat maakt die verwijzing ter adstructie van de stelling dat de rechter in het algemeen vervaltermijnen ambtshalve moet toepassen, minder sterk.

Nader overigens over die twee verwijzingen: Vrankens tweede verwijzing (naar HR 24 mei 1996) kan ik niet direct begrijpen, omdat daar geen vervaltermijn aan de orde was, maar de appellabiliteit: ‘De vraag of het in eerste aanleg gewezen vonnis vatbaar voor hoger beroep is, is van openbare orde en dient ambtshalve door de appelrechter te worden beoordeeld.’ In het wel over een vervaltermijn handelende arrest van 7 februari 1992 overwoog de Hoge Raad: ‘[De klachten] miskennen vooreerst dat de vervaltermijn van art. 1416 BW (oud) vooreerst van openbare orde is, zodat de rechtbank gehouden was haar, ook al had Nool ter zake tegen het vonnis van de kantonrechter geen grief geformuleerd, ambtshalve toe te passen.’

19. J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 204; W.F. Lichtenauer, *De Vernietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren*, beschouwd naar wezen, begrenzing en onderlinge verhouding (diss. Leiden), Wageningen: H. Veenman & Zonen 1932, p. 99.

20. R.P.J.L. Tjittes, *De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties*, RMThemis nr. 1, februari 2007, p. 17.

21. De Asser is inmiddels ‘om’. Tot verschijning van de dissertatie (2008) waaraan de onderhavige publicatie ontleend is, stond in de Asser al vanaf de jaren vijftig te lezen: ‘Bepalingen, welke een vervaltermijn vaststellen, zijn van dwingend recht en de rechter moet deze ambtshalve toepassen.’ (Asser-Losecaat Vermeer-Rutten (1956), p. 521 tot en met Asser-Hartkamp I (2004), nr. 688). In de nieuwe druk (2009) staat: ‘Wetsbepalingen waarbij de uitoefening van een recht op straffe van verval aan een bepaalde termijn wordt gebonden, moeten door de rechter ambtshalve worden toegepast, indien zij strekken tot bescherming van de openbare orde, niet indien zij louter strekken tot bescherming van het belang van een der partijen bij een rechtsverhouding.’ (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 434).

22. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 156.

verricht. Het is voor h  m en niet voor het collectief van belang dat die situatie zo kort mogelijk duurt.²³

Voorts valt nog het volgende op te merken. Lid 1 van art. 7:23 BW behelst een vervaltermijn, lid 2 een verjaringstermijn. De verjaringstermijn van lid 2 is duidelijk niet van openbare orde, getuige onder andere het feit dat art. 3:322 BW het de rechter verbiedt verjaringstermijnen ambtshalve toe te passen. Dat zo zijnde, is niet verdedigbaar dat lid 1 w  l van openbare orde is. Niet valt immers in te zien dat daarmee een ‘algemener’ belang is gemoeid dan met lid 2.

Gelijksoortige redeneringen kan men ook buiten art. 7:23 BW voeren. De bevoegdheid buitengerechtelijk te ontbinden, vervalt met de verjaring van de rechtsvordering tot ontbinding. Waarom zou de openbare orde met de ondergang van de buitengerechtelijke ontbindingsbevoegdheid eerder gediend zijn dan met de ondergang van de gerechtelijke ontbindingsbevoegdheid? Toe te voegen is dat de handhaving van die openbare orde door ambtshalve toetsing toch al illusoir is, omdat het verval door de wetgever afhankelijk is gesteld van de door de debiteur in te roepen verjaring. Precies hetzelfde geldt voor een andere tweetrap, namelijk die van de gerechtelijke/buitengerechtelijke vernietiging (art. 3:52 lid 1 en 2).

Ook op een andere schaal, vergelijkend niet binnen dezelfde bepaling, maar binnen dezelfde titel, is deze opmerking te maken. In het arbeidsrecht en het vervoerrecht staan de genoemde vervaltermijnen tussen een hele serie verjaringstermijnen. Dat voor vervaltermijnen is gekozen in kwesties die een algemener, meer ‘openbare orde’-belang vertegenwoordigen dan de kwesties waarvoor verjaringstermijnen zijn gekozen, valt niet vol te houden: waarom zou, bijvoorbeeld, de vordering tot schadevergoeding uit hoofde van de reisovereenkomst (vervaltermijn) eerder in het teken van de openbare orde staan dan, bijvoorbeeld, de vordering tot schadevergoeding uit hoofde van de vervoerovereenkomst (verjaringstermijn; art. 8:1711 BW)?

Ik heb mij afgevraagd waardoor de combinatie van vervaltermijnen en openbare orde, en in het vervolg daarop de combinatie van vervaltermijnen en ambtshalve toetsing, voor velen zo vanzelfsprekend lijkt, terwijl ik die vanzelfsprekendheid niet kan zien.

Mijn indruk is dat de opvattingen over wat wel en niet van openbare orde is in de loop der tijd veranderd zijn, maar dat die verandering zich nog niet volledig heeft vertaald in het denken over verval. Opnieuw kan art. 7:23 BW ter illustratie dienen. Het toeval wil dat de Hoge Raad-arresten uit de jaren twintig waarnaar in de literatuur ter ondersteuning van de ambtshalve toetsing van vervaltermijnen zo vaak wordt verwezen, precies de voorganger van art. 7:23 BW, te weten art. 1547 (oud) BW, tot onderwerp hadden. Het hof overwoog destijds:

‘dat iedere bepaling in het privaatrecht door den wetgever in het openbaar belang neergeschreven reeds daarom zou zijn van openbare orde (...); dat de rechter verplicht is ambtshalve art. 1547 B.W. en den daarin vervatte termijn toe te passen (...).’

De Hoge Raad liet dat oordeel in zijn arrest van 1920 in stand, overwegende dat ‘men hier te doen heeft met een voorschrift van processuele aard, dat gegeven in het belang der openbare orde (...) ambtshalve door den rechter toegepast moet worden’.²⁴

Die opvatting lijkt niet meer van deze tijd: ten eerste wordt in de toelichting op het huidige art. 7:23 BW, zoals wij zojuist zagen, door de wetgever van enig openbaar belang niet meer gerept; hij noemt als doel van de bepaling uitsluitend de bescherming van de debiteur. Ten tweede heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 20 januari 2006,²⁵ zoals wij ook al zagen, de ambtshalve toetsing van ‘*generalis*’ art. 6:89 BW van de hand gewezen (zoals bekend: art. 7:23 BW wordt gezien als ‘*specialis*’ van art. 6:89 BW – als de rechter art. 6:89 niet ambtshalve moet toetsen, is niet te verdedigen dat hij art. 7:23 BW w  l ambtshalve zou moeten toetsen). Ook de Hoge Raad acht het artikel kennelijk niet langer van openbare orde.²⁶

Zo zijn de opvattingen omtrent art. 7:23 BW zichtbaar veranderd. Een zo sprekende laboratoriumopstelling – twee arresten uit de jaren twintig contrasteren met recente uitspraken van de wetgever en een arrest van de Hoge Raad – kunnen we bij gebreke van even veelzeggende bronnen met andere vervaltermijnen niet maken, maar ik denk dat de uitkomsten vergelijkbaar zouden zijn.

Om mijn bewering over veranderde opvattingen nader aannemelijk te maken, kan ik nog wel wijzen op de kentering die zich in het denken over verjaring in de afgelopen jaren heeft afgetekend. In mijn dissertatie²⁷ heb ik bepleit dat de bevrijdende verjaring traditioneel ten onrechte in het teken van het algemeen belang heeft gestaan. Steeds meer wordt, naar mijn mening terecht, aangenomen dat de bevrijdende verjaring er is ten behoeve van de individuele debiteur: het gaat om *zijn* bewijspositie en om *zijn* rechtszekerheid. Die ontwikkeling een zekere ‘reflexwerking’ toe te dichten ten aanzien van verval, lijkt niet te gewaagd. Ik geef twee voorbeelden.

Wachter plaatste in 1959 het toenmalige art. 827 K. (de vervaltermijn van de vordering tot schadevergoeding op de vervoerder) onder het kopje ‘van openbare orde’, omdat ‘de wetgever blijk gegeven heeft de uitoefening van aanspraken in sommige gevallen ter wille van de rechtszekerheid zo belangrijk te achten (...)’,²⁸ dat zij van openbare orde moet worden geacht.

23. Zie in dezelfde zin H.K. K  ster, Naar een betere afbakening tussen vervaltermijnen en termijnen van bevrijdende verjaring, WPNR 1962 (4701), p. 540: ‘Tegenover (...) situaties, waarin het duidelijk is, dat de termijnhandhaving een zaak is, die niet alleen elkaar bestrijdende partijen aangaat, kent ons burgerlijk recht echter talrijke strikte vervaltermijnen ten aanzien van vorderingen, in welke spoedige afwikkeling prima facie alleen de betrokken partijen zijn geïnteresseerd. Het betreft hier vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen, dus rechtsbetrekkingen welke – in beginsel – ter vrije bepaling van partijen staan.’

24. HR 4 juni 1920, NJ 1920, p. 704 e.v. In HR 8 maart 1929, NJ 1929, p. 1389 werd hetzelfde beslist.

25. NJ 2006, 80.

26. Zie ook Christoph Jeloschek, Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law, München: Sellier 2006, p. 83 e.v., die het artikel geheel in de sleutel van een belangenconflict van koper en verkoper stelt; zie ook R.P.J.L. Tjittes, RMThemis februari 2007, nr. 1.

27. Smeehuijzen 2008, p. 40 e.v.

28. B. Wachter, De Beurtvaart (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1959, p. 327.

Die gelijkschakeling van de rechtszekerheid en het algemeen belang is inmiddels in het kader van de verjaring gefalsificeerd en is hier in dezelfde zin onjuist: de rechtszekerheid waar Wachter aan refereert, is gebleken niets anders te zijn dan het belang van de debiteur op enig moment te weten waar hij aan toe is. Geen algemeen, maar een individueel belang dus.²⁹

In het voorgaande heb ik geconstateerd dat auteurs die gemotiveerd de ambtshalve toepassing van vervaltermijnen bepleiten, lijken te veronderstellen dat vervaltermijnen in de regel van openbare orde zijn. Daarom werd de vraag gesteld of dat inderdaad zo is. Mijn antwoord luidt ontkennend.

2.5 Eigen opvatting: slechts ambtshalve toepassing van termijnen van openbare orde

Niet alle vervaltermijnen zijn van openbare orde. Waarom komen wat mij betreft vervaltermijnen die niet van openbare orde zijn, niet voor ambtshalve toepassing in aanmerking?

Vooraf verdient opmerking dat soms die ambtshalve toepassing wél kan plaatsvinden in het kader van de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden op de voet van art. 25 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Daarvoor zie ik echter alleen plaats als degene tegen wie de bevoegdheid wordt ingeroepen, zich er in rechte wel over heeft beklagd dat dit te laat is geschied, maar hij zich beroept op de verkeerde vervaltermijn of zelfs een beroep op enige termijn achterwege laat. De rechter moet dan ambtshalve de juiste termijn toepassen – veronderstellende uiteraard dat de klager de daartoe benodigde feiten heeft gesteld en eventueel bewezen. Maar wanneer degene tegen wie de bevoegdheid wordt ingeroepen zich in rechte niet over het te late uitoefenen van die bevoegdheid heeft beklagd, en over dat late ageren dus geen partijdebat heeft plaatsgevonden, treedt de rechter buiten de grenzen van de rechtsstrijd als hij dat late inroepen op eigen initiatief onder aanwending van een vervaltermijn sanctioneert.

Laat ik in mijn argumentatie opnieuw art. 6:89 en 7:23 BW tot uitgangspunt nemen. Wij zagen eerder dat de Hoge Raad daarover overeenkomstig het vorenstaande oordeelde: nu door de leverancier op het niet binnen bekwame tijd ageren geen beroep heeft gedaan, is de rechter buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door de vervaltermijn wél toe te passen. Waarom spreekt deze beslissing aan?

Het al dan niet te laat ageren is een kwestie waarover partijen moeten debatteren alvorens de rechter kan oordelen. In het kader van art. 6:89 en 7:23 BW is dat eigenlijk vanzelfsprekend. Het betreft geen vaste wettelijke termijn, maar een termijn die met inachtneming van alle omstandigheden van het geval moet worden vastgesteld. Partijen moeten die omstandigheden niet alleen aanvoeren, zij moeten ook kunnen aangeven welke bete-

kenis die omstandigheden naar hun oordeel hebben.³⁰ Zonder sturing door partijen kan de rechter op dit punt erg weinig. Denk bij wijze van contrast aan de beroepstermijnen in het procesrecht; het vonnis is van datum X, dus moet op datum Y hoger beroep zijn ingesteld; de opvatting van partijen vermag hier niets.

Nu kan men tegenwerpen dat ik geen representatieve vervaltermijn heb gekozen door geen vaste termijn tot voorbeeld te stellen, maar de onbepaalde, 'bekwame tijd' van art. 6:89 BW. Vanuit logisch oogpunt valt te repliceren dat ik voor het ontkrachten van een stelling als de onderhavige ook geen representatieve termijn hóef te kiezen; de doctrine leert niet met zoveel woorden dat vervaltermijnen per definitie ambtshalve moeten worden toegepast, maar het lijkt er wel op neer te komen, doordat na het enkele 'de rechter moet de vervaltermijn ambtshalve toepassen' zelden of nooit enige nuancering of mogelijkheid van een uitzondering volgt. Vanwege die categorische toon loopt de ballon door één enkel tegenvoorbeeld leeg.

Belangrijker is evenwel het inhoudelijke weerwoord dat mijn voorbeeld helemaal niet zo uitzonderlijk is, niet zozeer omdat ook elders 'open' vervaltermijnen voorkomen – dat is overigens wel zo, denk bijvoorbeeld aan art. 7:23 en 6:140 BW –, maar vooral omdat ook als de lengte van de termijn vaststaat, over andere aspecten van die termijn valt te debatteren. Met name valt in dat verband het aanvangsmoment van de termijn te noemen. Ik hoef ter onderbouwing van die stelling slechts te verwijzen naar de uitgebreide jurisprudentie over het aanvangsmoment in het kader van de verjaring (met name art. 3:310 BW).

Tot slot zou ik aandacht willen vragen voor art. 3:322 lid 1 BW. Dat bepaalt: 'De rechter mag niet ambtshalve het middel van verjaring toepassen.' Als wij opnieuw aannemen dat (in veel gevallen) vervaltermijnen dezelfde functie hebben als verjaringstermijnen, waarom zouden dan op het punt van de ambtshalve toetsing diametraal tegenover elkaar staande regels moeten gelden? In de ratio van het betrokken type termijn kan de reden daarvoor in geen geval gelegen zijn.

2.6 Conclusie

De rechter moet vervaltermijnen die niet van openbare orde zijn, anders dan de *communis opinio* leert, niet ambtshalve toepassen. Tot ambtshalve toepassing kan aanleiding bestaan als de termijn van rechtsuitoefening onderwerp van het partijdebat is geweest, in die zin bijvoorbeeld dat over de genomen termijn wel argu-

29. Opvallend is overigens, dat Wachter (p. 324) zijn inleiding over verval en verjaring in het vervoerrecht begint met de zin: 'Teneinde tegemoet te komen aan de eisen van de vervoerder, die er in verband met de aard van zijn bedrijf belang bij heeft spoedig na de voltooiing van een transport te weten, of hij nog aangesproken zal worden ter zake van eventuele schade, heeft de wetgever te zijnen behoeve korte verval- en verjaringstermijnen in het leven geroepen.' Hier identificeert Wachter zich heel duidelijk met het belang van de debiteur, hetgeen het primaat van 'de openbare orde' twee pagina's later des te meer doet bevreemden.

30. Zo overweegt de Hoge Raad ook nadrukkelijk in bijvoorbeeld zijn arrest van 23 november 2007, NJ 2008, 552 m.nt. H.J. Snijders, r.o. 4.8.4: 'Het hof heeft voorts miskend dat op [de crediteur – JLS] in verband met het bepaalde in art. 6:89 BW en in art. 7:23 BW de verplichting rustte te stellen, en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen, dat en op welke wijze zij tijdig en op een voor [de debiteur – JLS] kenbare wijze heeft geklaagd over de onderhavige tekortkoming.' Overigens lijkt deze overweging over bewijslastverdeling van de Hoge Raad niet juist; de debiteur wil rechtsgevolg verbinden aan het te late ageren van de crediteur, dus moet hij dat te late ageren bewijzen (Snijders uit in zijn noot vergelijkbare twijfel, evenals Valk, Klachtplicht en bewijslast, NTBR 2008, p. 94 e.v.). Hoe dan ook: partijdebat is noodzakelijk. Zie als illustratie van de noodzaak tot partijdebat ook Rb. Arnhem 12 november 2008, NJF 2009, 23, waar een beroep op de vervaltermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid werd geacht.

menten zijn gewisseld, maar de debiteur zich op de verkeerde vervaltermijn heeft beroepen.

3 Afstand van verval

3.1 Inleiding

Het is bij gedachtevorming over afstand van verval van belang te onderscheiden tussen afstand 'bij voorbaat', dus voor ommekomst van de vervaltermijn, en afstand na ommekomst van de vervaltermijn.

De gangbare opvatting is, dat afstand van verval noch voor, noch na ommekomst van de vervaltermijn mogelijk is. Ik zal hierna verdedigen dat dit voor 'vervaltermijnen niet van openbare orde' anders is: wat betreft afstand van verval na ommekomst van de termijn zal ik bepleiten dat dit steeds mogelijk is en wat betreft afstand van verval vóór ommekomst van de termijn zal ik bepleiten dat dit bij aanvang van de rechtsverhouding 'onder bepaalde omstandigheden', en naarmate de termijn gevorderd raakt 'in de regel' mogelijk zou moeten zijn.

3.2 Afstand na ommekomst van de vervaltermijn

Algemeen wordt aangenomen dat 'afstand van verval' na ommekomst van de termijn niet mogelijk is. Waar het vervaltermijnen van openbare orde betreft, lijkt mij die opvatting juist; doordat met de termijn een breder belang dan enkel dat van partijen gemoeid is, kan het gevolg van ommekomst van die termijn niet louter ter discretie van partijen staan. In de paragraaf 3.1 bleek evenwel dat lang niet alle vervaltermijnen van openbare orde zijn. Wat die termijnen niet van openbare orde betreft, lijkt mij het 'verbod op afstand' grond te ontberen. Laten wij om te beginnen trachten ons in praktische zin een voorstelling te maken van het voorgestane verbod.

Bijvoorbeeld: de koper overschrijdt de redelijke termijn van art. 7:23 lid 1 BW. Hij wendt zich, laat ons zeggen, zes maanden na ontdekking van het gebrek tot de verkoper. De verkoper ziet wel in dat het geleverde inderdaad onder de maat was en acht zich door het late ageren niet benadeeld. Hij wil daarom het gebrek alsnog herstellen, mede uit, zeg, commerciële overwegingen (belang van goede reputatie). Het verbod op afstand van verval lijkt nu mee te brengen dat het hem niet vrij staat het gebrek te verhelpen; het recht van de koper om te ageren, is immers vervallen, dus kan de verkoper aan de 'vordering' van de koper geen gevolg meer verbinden. Moeten wij tegen de wil van de debiteur zijn prestatie ter opheffing van het gebrek als onverschuldigd kwalificeren? Dat lijkt nauwelijks verdedigbaar.

Ik zie geen beletsel het voorgaande te veralgemeniseren: waar met de vervaltermijn geen 'hoger' belang dan dat van partijen gemoeid is, bestaat voor de beperking van de partijautonomie die het verbod op afstand van verval met zich meebrengt, geen grond. Als degene die de vervaltermijn na zijn ommekomst zou kunnen inroepen dat om hem moverende redenen niet wil, behoort hem dat vrij te staan.

Wellicht spreekt opnieuw de vergelijking met verjaring aan: na ommekomst van de verjaringstermijn is het mogelijk afstand van verjaring te doen; als een rechtsvordering verjaart, resteert een natuurlijke verbintenis; de nakoming is niet onverschuldigd.

Ik kan niet goed inzien waarom, in die gevallen waarin vervaltermijnen dezelfde functie als verjaringstermijnen vervullen, tegengestelde regels moeten gelden.

Een argumentatie waarom hier, buiten het domein van de openbare orde, de partijautonomie beperkt zou moeten worden, is voor zover ik weet in de Nederlandse doctrine niet uitgewerkt. Dat doet vermoeden dat net als bij de kwestie van ambtshalve toetsing, men eenvoudig aanneemt dat vervaltermijnen steeds van openbare orde zijn.³¹ Illustratief is wellicht dat in de Asser van 1956 te lezen stond:

'Wetsbepalingen, waardoor rechten worden vervallen verklaard indien zij niet binnen een bepaalde termijn worden uitgeoefend, zijn van openbare orde. Door een overeenkomst kan aan de dwingende kracht van deze bepalingen haar kracht niet worden ontnomen.'³²

Tegenwoordig leert de Asser slechts:

'Wetsbepalingen waardoor rechten worden vervallen verklaard indien zij niet binnen een bepaalde tijd worden uitgeoefend, zijn van dwingend recht.'³³

In de tekst uit 1956 is onjuist de veronderstelling dat vervaltermijnen in het algemeen van openbare orde zijn. In de huidige tekst is die veronderstelling terecht verdwenen. Maar daarmee ook de grond voor het oordeel dat vervaltermijnen van dwingend recht zijn.

Concluderend: als de vervaltermijn niet van openbare orde is, bestaat er geen goede reden de debiteur 'afstand van verval' na ommekomst van de termijn onmogelijk te maken.

3.3 Afstand voor ommekomst van de vervaltermijn

Maar nu: kunnen partijen vóór ommekomst van de termijn afstand doen van verval? Er is veel voor te zeggen die mogelijkheid wél te aanvaarden. Als illustratie kan een publicatie van Tollenaar dienen over de vervaltermijn van art. 6:89 en 7:23 BW bij aandelenkoop. Tollenaar schrijft:

'In sommige Engelstalige contracten komt men wel de formulering tegen dat de 'purchaser' een schending van de garanties zo spoedig mogelijk moet melden "if the purchaser considers it will or may make a claim" (zie bijvoorbeeld het (...) arrest VFR/P&O). De koper die bekend is met bepaalde klachten kan aldus melding daarvan in principe uitstellen tot een willekeurig moment dat hij verkiest. Het is de vraag of een dergelijke formulering naar Nederlands recht wel is toegelaten. Aangenomen dat partijen de wettelijke termij-

31. Zie bijv. N.W.A. Tollenaar, Beschouwingen over artikelen 6:89 en 7:23 BW in het bijzonder tot aandelenkoop, NTBR 2005/9, p. 442, die graag zou zien dat het partijen wel is toegestaan de vervaltermijnen van art. 6:89 en 7:23 BW 'weg te contracteren', maar in het 'openbare-ordekarakter van een vervaltermijn' een beletsel ziet; óf inderdaad de desbetreffende termijn van openbare orde is, vraagt Tollenaar zich, in overeenstemming met de heersende opvatting overigens, niet af.

32. Asser-Losecaat Vermeer-Rutten (1956), p. 521.

33. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 435.

nen niet mogen verlengen, mag de meldingstermijn niet later aanvangen dan het moment van daadwerkelijke ontdekking.³⁴

In lijn met de geldende leer betwijfelt Tollenaar inderdaad de houdbaarheid van de door hem genoemde contractsbepaling. Omdat hij vindt dat het partijen wél vrij moet staan een andere termijn te kiezen, schetst hij onder het kopje ‘Mitigeren van implicaties van art. 6:89 en 7:23 BW’ drie mogelijkheden om de contractsbepaling tóch te doen gelden.

Mijn inschatting is dat bijna niemand op grond van materiële argumenten (dus andere argumenten dan ontleend aan de Nederlandse consensus over het dwingende karakter van vervaltermijnen) tegenover Tollenaar zal willen verdedigen dat het hier, zeg, de Amerikaanse investeerder onmogelijk gemaakt zou moeten worden met zijn wederpartij een langere termijn dan de wettelijke af te spreken. In de doctrine wordt een dergelijke beperking niet aanvaard³⁵ en ik kan zelf ook geen serieus te nemen argument bedenken om haar te verdedigen.

Als het partijen in deze casus toegestaan zou moeten zijn, waarom zou het partijen dan niet *in de regel* toegestaan zijn de wettelijke vervaltermijnen weg te contracteren? De geldende leer zegt, nogmaals, dat vervaltermijnen van dwingend recht zijn. Maar waarom zou dat zo zijn? Het argument van de verbiedende doctrine lijkt ook hier, net als bij de ambtshalve toepassing van vervaltermijnen, gebaseerd te zijn op het openbare-ordekarakter van vervaltermijnen. De onjuistheid van dat uitgangspunt is hiervoor bepleit. Is niet verdedigbaar de stelling dat vervaltermijnen niet van openbare orde door partijen opzijgezet kunnen worden?

In ieder geval is die stelling niet houdbaar voor zover het regels betreft in de sfeer van bescherming van economisch en/of sociaal zwakkere partijen. Dat van vervaltermijnen ten behoeve van bijvoorbeeld de werknemer, de huurder, de patiënt of de consument niet kan worden afgeweken, is zonder meer duidelijk. Wij weten in die gevallen het dwingende karakter van de regel ondersteund door een inhoudelijke overweging. Maar buiten dat bijzondere terrein geldt dat niet.

In plaats van een categorische onmogelijkheid van afstand van verval, zou ik menen dat de rechter bij beantwoording van de vraag of afstand van verval rechtsgevolg heeft, de volgende gezichtspunten in ogenschouw moet nemen:

1. *Heeft tijdsverloop een debat over het bestaan van het beding bemoeilijkt?* Als dat wél zo is, moet naar ik zou menen een beroep op het beding vrij snel falen. Anders valt te vrezen dat de debiteur zich met een gefingeerd beding aan zijn eigen haren uit het moeras omhoog trekt.
2. *Wat is de lengte van de termijn?* Naarmate de vervaltermijn korter is, is afstand eerder toegestaan, omdat dan het belang bij afstand wezenlijker is en het bestaan van het beding beter verifieerbaar.

3. *Wat is de hoedanigheid van de debiteur?* Naarmate de debiteur een grotere professionaliteit bezit, is afstand eerder toegestaan.
4. *Hebben partijen een alternatieve regel afgesproken?* Als partijen een eigen, alternatieve, contractuele verval-/verjarings-termijn hebben opgenomen, is afstand eerder toegestaan – juist omdat, bijvoorbeeld, bij de besproken aandelenkoop partijen een eigen regeling hadden, was het zo onbevredigend aan hen de wettelijke termijn op te dringen.
5. *Hoe is de kwaliteit van de wilsvorming?* Naarmate het beding tussen partijen nadrukkelijker aan de orde is geweest, is afstand eerder toegestaan. Het paradigmatische geval van beperkte kwaliteit van wilsvorming is het beding in algemene voorwaarden dat voorziet in afstand ten faveure van de gebruiker; dat beding sneuvelt naar ik meen bijna per definitie.
6. *Is sprake van afstand bij het ontstaan van de rechtsverhouding of na ommekomst van zekere tijd?* Als het niet in de macht van partijen zou liggen om wettelijke vervaltermijnen te ecarteren en men bovendien niet zou willen aannemen dat onderhandelingen het verval ‘stuiten’ – daarover straks meer – dan kan het zich voordoen dat de crediteur tot behoud van zijn vordering gedwongen is te gaan procederen, terwijl hij noch zijn wederpartij dat opportuun vindt. Dat is onwenselijk. In die situatie lijkt mij, anders dan waar de afstand in onwetendheid van enig toekomstig geschil bij voorbaat is gedaan, afstand van verval haast zonder twijfel mogelijk; natuurlijk moet het partijen vrij staan te blijven praten in plaats van te gaan procederen.³⁶

3.4 Conclusie

Waar het gaat om vervaltermijnen niet van openbare orde, is er geen goede reden afstand van verval ná ommekomst van de termijn af te wijzen. Als men getracht heeft afstand van vervaltermijn te doen voor ommekomst van de termijn, is onder omstandigheden een beroep op de wettelijke vervaltermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

4 ‘Stuiten’ van verval

Bij gebreke van een op vervaltermijnen toegespitste regeling, is uit de wet niet kenbaar of verval kan worden ‘gestuit’. Opnieuw

34. N.W.A. Tollenaar, NTBR 2005/9, p. 439-440.

35. R.P.J.L. Tjittes, RMThemis februari 2007, nr. 1, p. 18; P.J. van Uchelen, Art. 7:17 BW en garanties in het overnamecontract, OR 2003, nr. 1, p. 17; C.J. Mulder en N. de Vos, De toepassing van artikel 7:23 BW op garanties bij de koop van aandelen, V&O 2003, p. 47-49.

36. Zie in dit verband bijvoorbeeld wat A-G Huydecoper schrijft voor HR 11 juli 2003, NJ 2003, 551, noot 17: ‘In de conclusie voor HR 21 juni 2002, NJ 2002, 540, alinea 11 (voetnoot 10) heb ik al mijn aarzeling uitgesproken over de wenselijkheid van regelingen die de betrokkenen ertoe aanzetten, op korte termijn rechtsmaatregelen te nemen. Het nemen van rechtsmaatregelen is een stap die velen, en volgens mij met recht, als belastend ervaren; die stap draagt bijna altijd bij tot (verdere) escalatie van het conflict dat klaarblijkelijk al tussen de partijen bestaat. Er is daarom (ook) veel te zeggen voor regels die partijen de ruimte laten om dergelijke stappen te temporiseren of helemaal achterwege te laten.’

is de doctrine ongedifferentieerd en stellig: vervaltermijnen kunnen niet worden gestuit.^{37, 38}

Nu is zo op het eerste gezicht het ontbreken van een wettelijke regeling in deze kwestie van een andere betekenis dan in het kader van de 'ambtshalve toetsing' en 'afstand van vervaltermijnen', omdat in die laatste gevallen het zwijgen van de wetgever kon worden opgevat als, laat ik zeggen, een door de rechtsontwikkeling in te vullen leemte. Er zijn de algemene concepten ambtshalve toetsing en dwingend recht, en wij moeten kijken of, en zo ja op welke vervaltermijnen die van toepassing zijn. Met stuiting is het anders, in die zin dat stuiting geen algemeen concept is, maar een specifiek ten behoeve van de verjaring in het leven geroepen instituut. Daarom bestaat er bij eerste beschouwing geen reden dat instituut buiten de verjaring toe te passen; stuiting is een onderdeel van het verjaringsregime en is eenvoudig niet gemaakt voor vervaltermijnen.³⁹

De tegenwerping ligt voor de hand: het mag zo zijn dat stuiting een verjaringsrechtelijk instituut is, de ratio van de stuiting kan wellicht ook in het kader van vervaltermijnen opgeld doen. Die analogische toepassing van de stuiting voor vervaltermijnen heb ik in mijn proefschrift inderdaad verdedigd.⁴⁰

Daar komt het 'stuitende vermogen' van de verschillende stuitingswijzen ten aanzien van vervaltermijnen aan de orde. Bovendien wordt in het denken een onderscheid gemaakt wordt tussen verschillende soorten vervaltermijnen. Door de combinatie van die variabelen ontstaat een te groot aantal 'gevalstypen' om in deze bijdrage te bespreken; ik volsta derhalve met de weergave van mijn conclusie. Die is als volgt.

Onderzocht is of vervaltermijnen niet van openbare orde vatbaar zijn voor 'stuiting'. Het bleek van groot belang onderscheid te maken tussen vervaltermijnen die zien op vorderingsrechten enerzijds en vervaltermijnen die zien op bevoegdheden en *obliegenheiten* anderzijds.

Waar het vorderingsrechten betreft, ligt het voor de hand de stuitingsbepalingen, voor zover het gedrag waaruit de vervaltermijn eventueel stamt dat toestaat, analogisch toe te passen. Bepleit werd langs die lijn dat:

1. na het verrichten van een daad van rechtsvervolgung de vervaltermijn 'is uitgewerkt';
2. na erkenning een beroep op de termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid is;
3. in geval van onderhandelingen een beroep op de vervaltermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn;
4. de enkele schriftelijke mededeling geen grond biedt voor 'verlenging' van de vervaltermijn.

Waar het gaat om vervaltermijnen die geen vorderingsrecht maar een bevoegdheid of *obliegenheit* tot onderwerp hebben, is de stuitingsfiguur niet direct te transponeren, omdat stuiting iets zegt over de vraag of de crediteur zijn recht nog zal gaan afdwingen, terwijl dat afdwingen bij bevoegdheden en *obliegenheiten* niet aan de orde is. De crediteur kan zijn recht immers zonder medewerking van de debiteur verwezenlijken. Verlengende werking toekennen aan, bijvoorbeeld, de daad van rechtsvervolgung is zinledig, omdat de crediteur ter verwezenlijking van zijn recht helemaal geen rechtsvervolgung hoeft in te stellen.

Desalniettemin kan ook waar het om bevoegdheden en *obliegenheiten* gaat een beroep op de vervaltermijn van de debiteur in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn. Dat doet zich voor, bijvoorbeeld, bij de erkenning van een gebrek in het verkochte door de verkoper. Ook onderhandelingen kunnen aan een beroep op de vervaltermijn in de weg staan.

5 Conclusie

Voor zover het gaat om vermogensrechtelijke vervaltermijnen, zijn drie van de vier traditionele onderscheidingen tussen verval en verjaring onhoudbaar:

1. Vervaltermijnen moeten net zo min als verjaringstermijnen ambtshalve worden toegepast.
2. Afstand van verval is niet in mindere mate mogelijk dan afstand van verjaring.
- 3a. Stuiting van verval is, via een redelijke wetsuitleg of via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, mogelijk als het gaat om vorderingsrechten. Helemaal gelijk zijn vermogensrechtelijke verval- en verjaringstermijnen intussen niet.
- 3b. Voor bevoegdheden of *obliegenheiten* is de stuitingsfiguur in de regel ongeschikt, omdat daar de crediteur zelf zijn recht kan verwezenlijken of zijn *obliegenheit* kan vervullen.

Tegen het vierde onderscheid, te weten toekenning van sterke werking aan verval en zwakke werking aan verjaring, bestaat geen bezwaar.

37. De enige uitzondering lijkt A.J.O. Van Wassenae van Catwijck, VR 1986, p. 215: 'Er is echter m.i. geen zinnige reden de stuiting van vervaltermijnen anders te behandelen dan die van verjaringstermijnen (...)'

38. Die opvatting leeft niet slechts onder studeerkamergeleerden; dat iedere civilist de pointe van de oudere juristengrap 'het verval valt niet te stuiten' begrijpt, geeft wel aan hoezeer een pleidooi dat verval wél valt te stuiten, tegen de haren van de algemene rechtsopvatting instrijkt.

39. Ten aanzien van stuiting is dus wél begrijpelijk de volgende zin uit de parlementaire geschiedenis: 'Wat de regels van vervaltermijnen betreft, deze vloeien in hoofdzaak hieruit voort dat de verjaringsregels niet van toepassing zijn, zodat geen stuiting, verlenging of afstand mogelijk is, (...)'

40. Zie Smeechuijzen 2008, par. 28.2.4.